

HG 11 114, publiziert im April 2014

Zwischenentscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern

vom 2. Juli 2013 (Ausfertigung: 25. November 2013)

Spruchkörper

Oberrichter Greiner (Vorsitz), Handelsrichter Spring und Handelsrichter Kaech
Gerichtsschreiber Sarbach

Verfahrensbeteiligte

A AG

Klägerin

gegen

B AG

Beklagte

Gegenstand: Zuständigkeit

Klage vom 30. September 2011

Regeste:

- Art. 61 ZPO, subjektiver Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung.
- Eine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung ergibt sich – abgesehen von den Fällen der Rechtsnachfolge – ausnahmsweise daraus, dass der subjektive Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung auf einen Dritten ausgedehnt wird. Dies wird in drei Fallgruppen in Betracht gezogen: in Fällen der Rechtsscheinhaftung, des Durchgriffs und aufgrund der Doktrin der *groupe de sociétés*.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Die Beklagte führte zusammen mit der C AG als ARGE eine Sanierung durch. Im ARGE-Vertrag hatten sie unter dem Titel "Gerichtsbareit/Gerichtsstand" eine Schiedsvereinbarung geschlossen. Im Rahmen der Sanierung wurden Arbeiten mit Wasserhöchstdruck (im Folgenden: HDW-Arbeiten) durchgeführt. Diese wurden zu Beginn durch die C AG erbracht. Als unvorhergesehen zusätzliche HDW-Arbeiten anfielen, wurden diese *durch die Klägerin*, eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der C AG, erbracht. Die Klägerin stellte der ARGE für die

erbrachten HDW-Arbeiten Rechnung. Diese wurden nicht vollumfänglich bezahlt. Die Klägerin verlangt nun die Bezahlung dieser Kosten von der Beklagten.

Mit dem vorliegenden Zwischenentscheid hatte das Handelsgericht vorab über die Frage seiner Zuständigkeit zu befinden, da die Beklagte sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen hatte, sondern sich im Gegenteil stets auf die Schiedsvereinbarung im ARGE-Vertrag berufen hatte.

Auszug aus den Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

(...)

II. Sachverhalt

(...)

III. Formelles

(...)

3. Das Handelsgericht hat jedoch seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine **Schiedsvereinbarung** getroffen haben und sich die beklagte Partei nicht vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt, die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar ist oder das Schiedsgericht nicht bestellt werden kann aus Gründen, für welche die im Schiedsverfahren beklagte Partei offensichtlich einzustehen hat (vgl. Art. 61 ZPO [SR 272]).

Vorliegend hat sich die Beklagte nicht vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, sondern sich im Gegenteil stets auf eine Schiedsvereinbarung berufen (vgl. S. 51 ff., S. 140 ff., S. 171, S. 215 f.).

Zu prüfen ist deshalb im Folgenden, ob die Klägerin und die Beklagte eine gültige Schiedsvereinbarung getroffen haben.

4. Eine schiedsfähige Streitsache liegt vor, wenn die Parteien über den strittigen Anspruch frei verfügen können (vgl. Art. 354 ZPO). Die Parteien haben eine Schiedsvereinbarung über den strittigen Anspruch getroffen, wenn sie vereinbart haben, die Streitsache durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen und der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen (vgl. MÜLLER-CHEN/EGGER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2013, Art. 357 N. 1). Die Schiedsvereinbarung kann sich auf bestehende oder auf künftige Streitigkeiten aus

einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen (vgl. Art. 357 Abs. 1 ZPO). Sie hat in einer Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (vgl. Art. 358 Abs. 1 ZPO).

Vorliegend hat die Beklagte mit der C AG im ARGE-Vertrag unter dem Titel "Gerichtsbarkeit/Gerichtsstand" schriftlich Folgendes vereinbart: "Allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden beurteilt von einem Schiedsgericht gemäss Ziffern 32.2 und 32.3" (vgl. Ziff. 11 Klagebeilage [im Folgenden: KB] 9). Die Ziffern 32.2 und 32.3 regeln Konstitution und Verfahren des Schiedsgerichts (vgl. Ziff. 32.2 und 32.3 Klageantwortbeilage [im Folgenden: KAB] 2).

Diese Regelung betrifft einen frei verfügbaren Anspruch. Die Beklagte und C AG wollen einen allfälligen Streit darüber durch ein privates Schiedsgericht entscheiden lassen. Diese Vereinbarung betrifft künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertragsverhältnis. Sie ist schriftlich getroffen worden. *Die Vereinbarung ist demnach als gültige Schiedsvereinbarung zwischen der Beklagten und der C AG zu betrachten.*

Die Vereinbarung ist im Übrigen nicht offensichtlich nicht erfüllbar und es ist auch nicht ersichtlich, dass das Schiedsgericht nicht bestellt werden könnte.

5. Die Schiedsvereinbarung wurde jedoch *nur zwischen der Beklagten und der C AG* geschlossen. Nicht beteiligt an der Vereinbarung der Schiedsvereinbarung ist *die Klägerin*. Es stellt sich somit die Frage des **subjektiven Geltungsbereichs** der Schiedsvereinbarung.

- 5.1. Schiedsvereinbarungen wirken grundsätzlich nur zwischen den an ihrem Abschluss beteiligten Parteien (Wirkung *inter partes*; *Relativität der vertraglichen Verpflichtung*). Dritte können sich grundsätzlich nicht darauf berufen und sind nicht daran gebunden (vgl. BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37; BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 492; FURRER ET AL., in: Furrer et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. A., Art. 178 N. 22; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage international, 2. A. 2010, Rz. 260).

Die vorliegende Schiedsvereinbarung wurde zwischen der Beklagten und der C AG vereinbart. *Sie wirkt damit grundsätzlich allein zwischen der Beklagten und der C AG*. Die Klägerin hingegen ist Dritte. Sie ist demnach grundsätzlich nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden.

- 5.2. Ausnahmsweise sind aber auch Dritte an eine Schiedsvereinbarung gebunden.

- 5.2.1. Eine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung ergibt sich in Fällen der **Rechtsnachfolge**. Darunter fallen die Abtretung einer Forderung (vgl. Art. 164 ff. OR), die (einfache oder kumulative) Schuldübernahme (vgl. Art. 176 OR) oder die Übertragung eines Vertragsverhältnisses (vgl. zum Ganzen BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37 m.w.H.; BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 496 ff.; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 262 ff.).

Vorliegend werden von keiner Partei Tatsachen vorgebracht, nach denen die Klägerin Rechtsnachfolgerin der C AG wäre. Dies wäre denn auch nicht

ersichtlich. *Eine Bindung der Klägerin an die Schiedsvereinbarung gemäss ARGE-Vertrag infolge Rechtsnachfolge besteht deshalb nicht.*

Die Beklagte zitiert BGE 128 III 54. Dieser Entscheid betrifft aber gerade den Fall einer Rechtsnachfolge (infolge Forderungsabtretung). Er ist deswegen für den vorliegenden Fall nicht einschlägig.

- 5.2.2. Eine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung kann sich ausnahmsweise auch daraus ergeben, dass der subjektive Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung auf den Dritten ausgedehnt wird (**Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf einen Dritten**; vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 519; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 260).

Einer solchen Ausdehnung nicht entgegen steht das Formerfordernis von Art. 358 ZPO. Dieses gilt nämlich nur für die Schiedsvereinbarung selbst, d.h. für deren Vereinbarung, in welcher die Parteien gegenseitig ihren übereinstimmenden Willen erklärt haben, über den streitigen Anspruch ein privates Schiedsgericht befinden zu lassen (vgl. BGE 129 III 727 E. 5.3.1 S. 736 = Pra 2004 Nr. 178 zu Art. 178 Abs. 1 IPRG [SR 291]; BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 520). Es kann deshalb auch ein Dritter an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein, ohne dass er diese unterzeichnet hat (vgl. BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37 zu Art. 178 Abs. 1 IPRG); dabei wird eine Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung nicht leichthin angenommen gegenüber einem Dritten, welcher darin nicht bezeichnet ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_128/2008 vom 19. August 2008 E. 4.12.).

Eine ausnahmsweise Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf einen Dritten wird von Rechtsprechung und Lehre in drei Fallgruppen in Betracht gezogen: in Fällen der Rechtsscheinhaftung, des Durchgriffs und aufgrund der Doktrin der *groupe de sociétés* (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 519 ff.; STEFANIE PFISTERER, Ausdehnung von Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 218 f.).

Zu prüfen ist demnach im Folgenden, ob der Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin auszudehnen ist. Diese Prüfung ist für die genannten Fallgruppen im Folgenden je einzeln (im Folgenden E. IV./6., 7. und 8.) vorzunehmen.

- 5.3. Keine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung zu rechtfertigen vermag im Übrigen die von der Beklagten ins Feld geführte Prozessökonomie. Überdies würden sich in einem Verfahren der Auseinandersetzung der ARGE-Partner untereinander andere Fragen stellen als dies im vorliegenden Verfahren der Fall ist.

Schliesslich zitiert die Beklagte BGE 130 III 72 und BGE 129 III 681. Diese Entscheide sagen nichts zur Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung aus. Der von der Beklagten ebenfalls zitierte BGE 129 III 735 betrifft zwar diese Frage; hier konnte das Bundesgericht aber gerade offen lassen, ob das Schiedsgericht die Schiedsklausel zu Recht oder zu Unrecht ausgedehnt

hatte. Diese Entscheide haben deshalb für den vorliegenden Fall keine weitere Bedeutung.

6. Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin **aus veranlasstem Rechtsschein:**

- 6.1. Eine Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung auf einen Dritten rechtfertigt sich dann, wenn dieser *durch sein Verhalten nach Treu und Glauben den Anschein erweckt, sich anstelle oder neben einem der Vertragspartner ganz oder teilweise an den Vertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsklausel binden zu wollen*. Ein solches Verhalten kann der Dritte sowohl beim Abschluss des Vertrags als auch bei der Erfüllung des Vertrags zeigen (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 523; FURRER ET AL., a.a.O., Art. 178 N. 23; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 271i; vgl. auch STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 168 ff. m.w.H., in Einzelfragen mit a.M.; vgl. auch BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37).

Stefanie Pfisterer schreibt dazu Folgendes: Erbringt der Dritte Leistungen aus dem materiellen Vertrag (oder nimmt er solche entgegen), kann daraus noch in keiner Weise auf seinen Willen, Partei des Vertrags sein zu wollen, geschlossen werden. Verhält sich der Dritte derart, dass daraus zu schliessen ist, er wolle Partei des Vertrags allein sein, rechtfertigt auch dies noch keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf ihn. Denn aufgrund der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist eben gerade erforderlich, dass das Verhalten des Dritten zum Ausdruck kommen lässt, dass er auch Partei der Schiedsvereinbarung sein will (vgl. STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 176 f.).

Aus der Rechtsprechung sind folgende konkrete Beispiele bekannt:

- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde verneint, obwohl dieser im Rahmen der Vollziehung des Vertrags in ständiger und wiederholter Weise intervenierte, da er nicht zusätzlich den Willen erkennen liess, Partei der Schiedsvereinbarung zu sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.48/2005 vom 20. September 2005 E. 3.4.1, zitiert in: STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 171).
- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde bejaht, da dieser auf Seiten der beklagten Gesellschaften alles eingefädelt und kontrolliert hatte und sich als (scheinbar) aussenstehende Person dauernd in die Geschäfte der Beklagten und die Realisierung des mit der Klägerin vereinbarten Immobilienprojekts eingemischt hatte (vgl. Schiedsspruch, der BGE 129 III 727 zu Grunde lag, zitiert in BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 522).
- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde bejaht; dieser hatte sich gegenüber der Klägerin zu Gunsten der Beklagten finanziell engagiert und in zahlreichen Dokumenten ausdrücklich auf den Vertrag, der die Schiedsvereinbarung enthielt, verwiesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.126/2001 vom 18. Dezember 2001; BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 522).

- Eine chinesische Zentralgesellschaft (Aussenhandelsgesellschaft) musste den erweckten Rechtsschein gegen sich gelten lassen, sie bilde mit der Provinzgesellschaft eine rechtliche Einheit, jene sei bloss eine Betriebsabteilung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.73/1993 vom 1. September 1993, zitiert in BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Fn. 405).

6.2. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin *beim Abschluss* des ARGE-Vertrags beteiligt gewesen wäre. Ein solches Verhalten hat die Beklagte zumindest nicht dargetan. Die Klägerin wird in der entsprechenden Vereinbarung auch nicht genannt.

Fraglich ist damit allein, ob die Klägerin durch ihre Verhalten *bei der Erfüllung* des ARGE-Vertrags nach Treu und Glauben den Anschein erweckt hat, sich ganz oder teilweise an den ARGE-Vertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsklausel binden zu wollen.

Festzustellen ist, dass die Klägerin tatsächlich Arbeiten für die (...) für die ARGE geleistet hat, wie die Beklagte richtig festhält (vgl. S. 54). Zahlreiche andere Beteiligte, namentlich diverse Subunternehmen, haben aber genau dasselbe getan: Sie haben Arbeiten für die Instandstellung geleistet. Ein solches Verhalten ist denn auch keineswegs untypisch für andere Beteiligte, werden diese doch gerade herangezogen, um spezifische Arbeiten für den Unternehmer zu erledigen. Inwiefern die Klägerin aber stärker an der Vertragserfüllung teilgenommen hätte als andere Beteiligte, wie die Beklagte behauptet (vgl. S. 142), ist nicht ersichtlich – das hält die Klägerin zu Recht fest (vgl. S. 96).

Die Beklagte bringt zwar verschiedentlich vor, dass die Klägerin gegenüber der ARGE eine Sonderstellung eingenommen habe. U.a. führt sie an, zwischen der ARGE und der Klägerin sei kein schriftlicher Werkvertrag geschlossen worden (vgl. S. 55) und die Klägerin habe nie einen Garantieschein abgegeben (vgl. S. 215). Der Geschäftsführer der Beklagten hat zudem erklärt, ihm gegenüber seien von Seiten der Klägerin und der C AG genau die gleichen Personen als Entscheidungsträger aufgetreten (vgl. S. 207).

Soweit die Beklagte mit diesen Vorbringen begründen will, dass die Klägerin nicht eine Subunternehmerin der ARGE war, sondern lediglich als Erfüllungsgehilfin der C AG fungierte (vgl. z.B. S. 141), greift sie vor: Ob die Klägerin als Subunternehmerin der ARGE zu qualifizieren ist, beschlägt die Frage ihrer Aktivlegitimation. Diese wird gegebenenfalls in einem späteren Zeitpunkt zu prüfen sein. Für die Frage der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung aus Rechtsschein ist sie jedoch nicht weiter relevant.

Jedenfalls kann Folgendes festgehalten werden: Die Klägerin ist eine selbständige juristische Person, deren Gründung im Handelsregister eingetragen wurde (vgl. KB 2). Eine Zweckänderung im Jahr 2009, wonach die Klägerin nicht mehr bloss die Vermietung von HDW-Anlagen usw. bezweckte, sondern neu die Ausführung von HDW- und anderen Arbeiten, wurde ebenso im Handelsregister eingetragen (vgl. KB 2). Zusätzlich wurde diese Änderung den Geschäftspartnern der Klägerin, darunter auch der Beklagten, individuell zugestellt (vgl. S. 205). Die Klägerin existiert damit seit Jahren. Seit Jahren geht sie auch einer geschäftlichen Tätigkeit

nach. Vorliegend ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Klägerin, soweit sich das in den Akten niederschlug, immer unter eigener Firma aufgetreten ist: Namentlich tragen die einschlägigen Arbeitsrapporte für die Tage vom 5. November 2008 bis 22. September 2009 (vgl. Replikbeilage [im Folgenden: RB] 14) ebenso ihre Firma wie die ausgestellten Rechnungen (vgl. KB 44–47), welche im Übrigen nach entsprechenden Prüfungen durch die Federführung bzw. die Kaufmännische Leitung, welche beide bei der Beklagten lagen (KB 9, Ziffern 4.2.1 und 4.2.3) in drei Fällen ganz und im letzten Fall teilweise beglichen worden sind. Die Selbständigkeit der Klägerin wurde von der Beklagten denn vorprozessual auch nie bestritten. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass sich die Klägerin transparent verhalten hat. Es bestehen keine Anzeichen, dass sich die Klägerin irgendwie täuschend an Stelle der C AG gesetzt hätte. Im Gegenteil hat sie ihre rechtliche Selbständigkeit über längere Zeit und mehrfach dargetan.

Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin ein Verhalten gezeigt hätte, aus welchem nach Treu und Glauben auf einen Bindungswillen zu schliessen wäre. Jedenfalls hat die Beklagte kein derartiges Verhalten bewiesen.

6.3. *Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin aus veranlasstem Rechtsschein ist damit nicht angezeigt.*

7. Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin **aufgrund eines Durchgriffs:**

7.1. Die Figur des Durchgriffs stammt aus dem materiellen Recht. Das materielle Recht basiert auf dem Grundsatz der Selbständigkeit juristischer Personen. Selbst bei einer mangelnden wirtschaftlichen Selbständigkeit von juristischen Personen – etwa in Konzernen – ist die juristische Selbständigkeit massgeblich. Nur ganz ausnahmsweise wird die hinter der juristischen Selbständigkeit liegende wirtschaftliche Selbständigkeit rechtlich beachtet: Dann nämlich, wenn die juristische Selbständigkeit in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet wird (so genannter "echter Durchgriff" [vgl. FORSTMOSER ET AL., Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 62 N. 92 ff.]; vgl. zum Ganzen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A. 2012, § 2 N. 43 ff. m.w.H.; vgl. bereits das Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 6a, zitiert in: KNOEPFLER/SCHWEIZER, a.a.O., S. 241 ff.).

Rechtsmissbrauch liegt z.B. vor, wenn bei wirtschaftlicher Identität zwischen einer beteiligten Partei und einem Dritten die gesellschaftsrechtliche Struktur einzig zum Zweck der Vereitelung berechtigter Ansprüche Anderer oder zur Umgehung vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen geschaffen wurde (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 527 f.).

Ein Durchgriff hat zur Folge, dass formalrechtlich die Selbständigkeit der juristischen Person als unerheblich und die wirtschaftliche Realität auch rechtlich massgebend betrachtet wird (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 527 f.).

7.2. Das Institut des Durchgriffs wird nach der überwiegenden schweizerischen Lehre *auch auf Schiedsvereinbarungen* angewendet: Wird eine juristisch selbständige, aber wirtschaftlich unselbständige juristische Person rechtsmissbräuchlich

verwendet, soll auch eine Schiedsvereinbarung ohne Weiteres auf diese ausgedehnt werden (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 528; FURRER ET AL., a.a.O., Art. 178 N. 23a; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 271k).

Das Bundesgericht hat sich ebenfalls dahingehend geäußert (Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 6b, bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 4A_160/2009 vom 25. August 2009 E. 4.3.1; vgl. auch KNOEPFLER/SCHWEIZER, Arbitrage international, 2003, S. 241 ff.; vgl. zum Ganzen STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 147 ff.):

"(...) wo durchgriffsrechtlich die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als juristischer Person verneint wird, rechtfertigt sich im Allgemeinen, die Verbindlichkeit der Schiedsklausel ohne Weiteres auf die Muttergesellschaft auszudehnen, weil hier die Vertragswirkungen gleichsam verlagert werden".

- 7.3. Welches sind also die Voraussetzungen einer Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aufgrund Durchgriffs? Erstens ist erforderlich, dass eine juristische Person mit eigener Persönlichkeit wirtschaftlich unselbständig ist. Dies liegt bei Gesellschaften in Konzernverhältnissen vor. Zweitens muss die juristische Selbständigkeit der juristischen Person zweckwidrig verwendet werden. Diese zweckwidrige Verwendung muss gerade in Bezug auf die Schiedsvereinbarung erfolgt sein. Nur dann besteht eine in Bezug auf die Schiedsvereinbarung rechtsmissbräuchliche Sachlage.

Entscheidend ist demnach, wann die juristische Selbständigkeit einer juristischen Person in Bezug auf eine Schiedsvereinbarung zweckwidrig verwendet wird. Eine Schiedsvereinbarung hat den Zweck, der Beilegung von Streitigkeiten aus einem bestimmten materiellen Rechtsverhältnis zu dienen. Kann dieser materielle Anspruch trotz Bestehens einer Schiedsvereinbarung nicht auf dem Weg der schiedsrichterlichen Streitbeilegung durchgesetzt werden, klaffen Anspruch und Durchsetzung des Anspruchs auseinander. Diesfalls ist die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person zweckwidrig. Im Zusammenhang mit einer Schiedsvereinbarung ist Rechtsmissbrauch also dann zu bejahen, wenn die juristische Selbständigkeit des Dritten verwendet wird, *um den beabsichtigten Streitbeilegungsmechanismus zu vereiteln* (vgl. zum Ganzen STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 144 und 156 ff.). Massgeblich ist demnach das Motiv, das zur Verwendung der juristischen Selbständigkeit führt.

- 7.4. Gemäss Stefanie Pfisterer ist in der schweizerischen Schiedsgerichtsrechtsprechung ein einziger Fall ersichtlich, in welchem ein solcher Durchgriff bejaht worden ist. Es handelt sich um einen Schiedsspruch aus dem Jahr 1991. Die herrschende Gesellschaft kontrollierte als Alleinaktionärin die abhängige Gesellschaft nicht nur vollständig, sondern hatte sie auch sämtlicher Aktiven entleert und gar aufgelöst (vgl. STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 143 f.).
- 7.5. Für den vorliegenden Fall ist relevant, dass die Klägerin eine *selbständige juristische Person* ist: Sie ist als Aktiengesellschaft im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Gleichzeitig ist – wie die Beklagte dies richtig ausführt (vgl. S. 51 ff.) – festzustellen, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Arbeitsausführung *in wirtschaftlicher Hinsicht nicht selbständig* ist, sondern in

mehrfacher Hinsicht durch die C AG kontrolliert wurde: Die Klägerin ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der C AG gewesen. Der Verwaltungsrat beider Gesellschaften ist in den wesentlichen Funktionen durch dieselben Personen besetzt gewesen. Der für beide Gesellschaften zeichnungsberechtigte X hat federführend die Verhandlungen mit der Beklagten als Organ der C AG, wie auch als Organ der Klägerin sowie mit der Bauherrschaft als Organ der C AG geleitet.

7.6. Fraglich erscheint aber, ob die juristische Selbständigkeit der Klägerin *rechtsmissbräuchlich verwendet worden ist*.

Die Klägerin hat erklärt, sie sei von der ARGE für die Ausführung der HDW-Arbeiten zugezogen worden, weil ein Subunternehmer für den Endzuschlag gewünscht worden sei (vgl. S. 201 und 214). Der Geschäftsführer der Beklagten, Y, hat seinerseits ausgeführt, dass sich die Klägerin seiner Meinung nach aus finanziellen Gründen auf ihre juristische Selbständigkeit berufe (vgl. S. 205).

Nach Angaben beider Parteien wurde die Klägerin als juristisch selbständige Person demnach wohl insbesondere aus finanziellen Motiven eingesetzt. Dies erscheint durchaus plausibel. Ausschlaggebend für die Parteien waren demnach offenbar gerade nicht prozessuale Überlegungen. Es scheint deswegen fernab, dass die Klägerin eingesetzt wurde, um die im ARGE-Vertrag vereinbarte Schiedsklausel zu umgehen.

Im Übrigen ist an dieser Stelle auch Folgendes zu bedenken: Die von den Parteien im ARGE-Vertrag vereinbarte Schiedsklausel sieht Folgendes vor (Ziff. 32.2 KAB 2):

"Das Schiedsgericht besteht aus drei Personen und wird wie folgt bestellt: Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter und diese wählen gemeinsam den Obmann, der Jurist sein muss (Richter oder Inhaber des Rechtsanwaltspatents). Unterlässt es eine Partei, innerhalb 10 Tagen ab Empfang der entsprechenden Aufforderung der anderen Partei ihren Schiedsrichter zu bezeichnen, wird derselbe durch den Präsidenten des obersten ordentlichen Zivilgerichts des Kantons ernannt, in dem sich der Sitz der FF befindet. Dieser bestimmt auch den Obmann des Schiedsgerichts, falls sich die von den Parteien ernannten Schiedsrichter über die Person des Obmanns nicht einigen können."

Entscheidende Bedeutung bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts hat nach dieser Klausel der Präsident des obersten ordentlichen Zivilgerichts des Kantons, in dem sich der Sitz der Federführung (FF) befindet. Dies ist vorliegend der Präsident des Obergerichts des Kantons Bern, befindet sich doch der Sitz der Beklagten im Kanton Bern. Es liegt wohl nicht allzu fern, anzunehmen, dass der Obergerichtspräsident eine Person aus dem Kanton Bern als Obmann des Schiedsgerichts bestimmen würde. Ein exotischer Gerichtsstand dürfte jedenfalls kaum entstehen. Kommt dieser Streitbeilegungsmechanismus nicht zum Zug, so ist die staatliche Gerichtsbarkeit gegeben. Dabei handelt es sich nach dem Dargelegten um das Handelsgericht des Kantons Bern. Ein zusätzlicher Nutzen, der durch die Umgehung des Streitbeilegungsmechanismus entstände, ist damit kaum ersichtlich. Auch insofern erscheint es wenig wahrscheinlich, davon auszugehen, dass die Klägerin und die C AG die Anwendung der

Schiedsvereinbarung im ARGE-Vertrag vereiteln wollten; andererseits wird die Beklagte durch die Nichtanwendung der Schiedsklausel nicht etwa in einen exotischen Gerichtsstand gedrängt.

Die Beklagte bringt im Übrigen diverse weitere Umstände vor, in denen sie einen Rechtsmissbrauch erkennen will. So erklärt sie, die Klägerin habe im Zeitpunkt der Arbeitsausführung über kein eigenes Personal verfügt. Oder sie führt aus, dass sich die Klägerin und die CE AG täuschend verhalten hätten. Insoweit die Beklagte damit einen durch die Klägerin gesetzten Rechtsschein geltend machen will, vermischt sie die Frage einer Ausdehnung der Schiedsklausel aufgrund eines Durchgriffs mit der Ausdehnung aus Rechtsschein. Hierzu sei auf die obigen Ausführungen (E. IV./6.) verwiesen. Inwiefern diese weiteren Umstände Rechtsmissbrauch begründen sollen, ist nicht ersichtlich.

7.7. Insgesamt ist nach dem Dargelegten nicht ersichtlich, dass die juristische Selbständigkeit der Klägerin zweckwidrig im Hinblick auf die Anwendung der Schiedsvereinbarung verwendet wurde. Es ist kein Missbrauch im Sinne einer Vereitelung des vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus ersichtlich. Der Beklagten ist es somit nicht gelungen, Tatsachen zu beweisen, die eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung infolge Durchgriffs gerechtfertigt hätten.

7.8. *Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin infolge Durchgriffs ist damit nicht angezeigt.*

8. Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin **aufgrund der Doktrin der groupe de sociétés:**

Nach der Doktrin der groupe de sociétés ist eine Schiedsvereinbarung auf die Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe (des Konzerns) auszudehnen, wenn diese Gesellschaften sich am Vertragsverhältnis beteiligen. Es genügt mit anderen Worten nicht erst ein Verstoss gegen Treu und Glauben, um die Wirkungen einer Schiedsvereinbarung auf Dritte auszudehnen (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 529; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 271j; STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 195 ff. m.w.H.).

Das Bundesgericht hat aber erklärt, dass auch im Rahmen der Doktrin der groupe de sociétés eine Bindung des Dritten an eine Schiedsvereinbarung nur mit Zurückhaltung anzunehmen sei und jedenfalls besondere Umstände voraussetze, die einen Vertrauensschutz des Dritten aus erwecktem Rechtsschein rechtfertigten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 7). Diese Äusserung hat es später mit folgenden Worten bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 4A_128/2008 vom 19. August 2008 E. 4.1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 565 = Pra 2009 Nr. 37):

"Conformément au principe de la relativité des obligations issues d'un contrat et de l'indépendance juridique des personnes morales, le droit suisse pose des conditions strictes à l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers qui n'y est pas désigné (...). Que Z. ait été considérée par les arbitres comme la société mère de Y. n'autorise pas une autre conclusion. Aussi bien, sauf circonstances exceptionnelles n'existant pas ici, le contrôle d'une personne juridique par une

autre ne constitue pas un élément suffisant pour renverser la présomption que seule la personne ayant souscrit la convention d'arbitrage es liée par celle-ci (...)."

Die schweizerische Lehre lehnt die Theorie der groupe de sociétés überwiegend ab (vgl. BERGER/KELLERHALS, a.a.O., Rz. 530; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, a.a.O., Rz. 271k; STEFANIE PFISTERER, a.a.O., S. 211 ff.).

Das Handelsgericht schliesst sich den vorgenannten Meinungen an. Von der Anwendung der Doktrin der groupe de sociétés ist deshalb vorliegend abzusehen.

9. Eine ausnahmsweise Ausdehnung des Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin scheint folglich nach keiner der genannten Fallgruppen angezeigt.
10. Die Schiedsvereinbarung hat somit *zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Wirkung*. Zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens liegt damit keine gültige Schiedsvereinbarung vor.

(...)

IV. Kosten

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.